

1. Introdução

A epidemia de AIDS tem suscitado inúmeras reações e diversificadas respostas em variados ambientes. Desde a assunção de comportamentos discriminatórios fundados em estigmas alimentados por processos de exclusão social radicados em preconceitos raciais, sexuais e em diferenças econômicas(2), até a institucionalização de um campo próprio de estudos acadêmicos, a epidemia de AIDS constitui-se como uma realidade diante da qual dificilmente alguém pode se furtar.

Nesta imensa variedade de âmbitos de discussão e de formas de reação, o componente jurídico configura um elemento que perpassa, num grau maior ou menor de explicitação, praticamente todo o debate.

Com efeito, as discussões a respeito dos contextos sociais onde o estigma e a discriminação se manifestam de modo privilegiado implicam análises a respeito do âmbito de proteção jurídica propiciado ou recusado pelo direito vigente(3); a análise da política de redução de danos pelo uso de drogas suscita controvérsias jurídicas sobre a estratégia das “trocas de seringas” e a proibição do incentivo ao tráfico ilícito de entorpecentes(4); o estudo do impacto das políticas públicas de saúde relacionadas com DST/AIDS sob uma perspectiva de gênero requer o exame sistemático dos instrumentos jurídicos que operacionalizam o funcionamento do Sistema Único de Saúde(5); o debate sobre a posição de organismos de financiamento internacional pressupõe a atenção aos princípios jurídico-constitucionais previstos na regulação da ordem social, conforme dispõe a Constituição da República de 1988(6); a discussão sobre as estratégias públicas de prevenção junto a profissionais do sexo reclama enfrentar-se a relação entre prostituição feminina, masculina e direito(7). Eis, pois, uma rápida enumeração de temas da maior relevância, cuja discussão enseja, de um modo ou de outro, a consideração de aspectos jurídicos.

Há muitas formas de (re)agir juridicamente frente à epidemia. De imediato, pode-se vislumbrar a predominância de duas perspectivas,

que podem ser agrupadas sob a denominação de “perspectivas descritivas” e de “perspectivas operacionais”, que sumariamente caracterizarei a seguir.

Antes de apresentá-las, todavia, é preciso sublinhar que este estudo objetiva refletir sobre as práticas, levadas a cabo pelos operadores jurídicos (juízes, promotores, advogados, delegados, professores e estudantes de direito) diante da epidemia.

Esta reflexão parte da hipótese de que a resposta jurídica à epidemia de AIDS é original e inovadora na tradição do direito brasileiro, considerada sua efetividade enquanto instrumento de intervenção social. Esta originalidade repousa no fato de que, pela primeira vez, alcança-se, de modo amplo e em proporção nacional, um grau satisfatório de efetividade de uma legislação universalista e benéfica voltada para o combate a uma epidemia envolta em tantos estereótipos e estigmas, capazes de provocar discriminação em larga escala.

Quais as idéias e as práticas jurídicas que se desenvolvem neste quadro, ensejando a esperança do fortalecimento da efetividade do direito? Quais, por outro lado, atuam no sentido do enfraquecimento desta dinâmica, cujo conhecimento poderá propiciar uma força ainda maior a estes direitos reconhecidos a soropositivos? Quais as consequências que este fenômeno pode trazer à experiência jurídica brasileira, no sentido de seu aperfeiçoamento?

Estas são questões jurídicas que o aprofundamento do debate sobre as respostas sociais frente à epidemia da AIDS enseja. São perguntas cuja resposta colabora para aprofundar a qualidade da discussão teórica e da intervenção neste campo. São horizontes que a experiência da epidemia pode ajudar a descortinar para a sociedade brasileira, mesmo além da problemática específica desencadeada pela epidemia. São constatações que podem propiciar, inclusive, um aperfeiçoamento das práticas jurídicas nacionais.

2. Perspectivas jurídicas descritivas e operacionais diante da epidemia

Como dito, duas perspectivas se apresentam imediatamente quando efeitos da epidemia desafiam o direito e as práticas institucionais dos operadores jurídicos.

A primeira delas é a “perspectiva descritiva”. Procede-se a uma compilação e a uma sistematização da legislação até hoje editada, abrangendo as esferas federal, estadual, distrital e municipal. Não obstante a dificuldade de realizar um projeto desta amplitude, registre-se a coletânea de legislação nacional dispondo sobre DST e AIDS, realizada pelo Ministério da Saúde.⁽⁸⁾ Este trabalho

compilador, ainda que de inegável importância, foge aos objetivos deste texto, que é propor uma reflexão sobre a efetividade do direito diante da epidemia, mais que descrever as fontes legislativas e administrativas donde emana a normatividade brasileira na matéria.

A outra resposta configura uma “perspectiva operacional”. De extrema relevância, ela sistematiza e discute os argumentos jurídicos e as estratégias procedimentais mais eficazes para a melhor proteção jurídica possível requerida por soropositivos. Ela exige desenvolver-se, a partir dos cânones hermenêuticos consagrados na teoria do direito, interpretações da Constituição e da legislação vigente, retirando-lhes a maior eficácia possível em face da realidade da epidemia, sem esquecer a preocupação com as estratégias processuais mais adequadas.

3. Respostas jurídicas frente à epidemia de HIV/AIDS: titularidade individual e coletiva do direito à saúde e a compreensão do sujeito de direito

Este trabalho, como referido, situa-se no plano da reflexão e da análise. Esta reflexão se estrutura a partir de uma hipótese, que é a novidade da experiência jurídica nacional proporcionada pela epidemia. É preciso explicitar e desenvolver esta hipótese.

De fato, o tratamento jurídico da epidemia da AIDS configura mais um momento de tensão entre o “direito que está no papel” e o “direito efetivo” na história do direito brasileiro(9). Esta tensão, todavia, resolve-se de maneira peculiar quando se trata do HIV, pois, diferentemente de tantas outras experiências, onde as promessas legais decepcionaram destinatários populares e marginalizados (confirmando a distância entre o “direito no papel” e o “direito efetivo”), verifica-se largamente a implementação concreta das previsões normativas.

Explicando melhor. Diante da epidemia de AIDS, o direito brasileiro atua prevendo uma série de políticas públicas que transita entre (1) seu caráter universalista e abrangente da legislação instituidora de direitos aos soropositivos e (2) o universo de representações discriminatórias que tradicionalmente domina a mentalidade nacional, jurídica ou política. Pode-se argumentar que até aqui não há nada de novo. Muitas vezes a legislação brasileira prometeu a instituição de uma nova realidade, universalista e reconhecedora de direitos a todos, enquanto que, na prática, estes direitos não se efetivaram, esbarrados nas visões de mundo e nas práticas racistas e elitistas, como demonstram os fenômenos da abolição da escravatura(10) e o desafio histórico à implementação da reforma agrária com o conseqüente desmonte da estrutura do latifúndio improdutivo(11).

No entanto, quando refletimos sobre a epidemia de AIDS, percebe-se algo diverso. O Brasil dispõe de legislação federal que garante a distribuição gratuita de medicamentos e de políticas públicas visando à implementação deste direito prestacional. Este conjunto de iniciativas estatais está, em grande medida, funcionando de forma satisfatória. Veja-se que, no caso da epidemia de AIDS, há a implementação de um modelo de assistência à saúde que abrange simultaneamente ações preventivas e curativas, bem como ações voltadas para a sociedade em geral e para grupos específicos, tais como homossexuais e profissionais do sexo.

Trata-se, portanto, de uma situação onde a referida tensão, ao invés de comprometer de forma gravíssima a efetividade da legislação, tem desembocado na implementação bem sucedida de ações de combate à AIDS. Isto precisamente em uma área onde era de se esperar forte resistência à efetividade da legislação, dada a natureza e a intensidade da discriminação desencadeada pela doença, tão freqüentemente associada a grupos estigmatizados, tais como profissionais do sexo, homossexuais e usuários de drogas.

Com efeito, à epidemia da AIDS têm sido associados inúmeros estigmas. Basta lembrar que, desde seu início, estabeleceu-se a relação direta entre soropositividade e homossexualidade, até o ponto, inclusive, de ser identificada como “câncer gay” ou de receber a classificação “científica” de Imonudeficiência relacionada à Homossexualidade (GRID – Gay Related Imunodeficiency)(12). O homossexual, assim como a prostituta, a menina de programa ou o usuário de drogas(13), desde então, são percebidos como o lugar e o veículo “natural” da patologia(14). A percepção da epidemia constituiu-se através de uma lógica reativa e discriminatória, onde a culpabilização é a nota distintiva entre os “doentes culpados” e as “vítimas inocentes”, instituindo e reforçando padrões de normalidade e saúde sempre em detrimento de “um outro” indesejável porque responsável pelo malefício social.(15)

Esta associação entre soropositividade por HIV e estranhamento social não é um fenômeno novo em se tratando de epidemias. Antes do surgimento da AIDS, outras epidemias, especialmente doenças sexualmente transmissíveis, foram relacionadas com minorias indesejáveis, perturbadoras dos padrões dominantes, sejam estes sexuais, morais ou econômicos. Basta relembrar a relação entre doença, desordem familiar e prostituição ou entre a sífilis e outras tantas doenças contagiosas vinculadas aos africanos escravizados.(16)

Como foi possível superar estes desafios e fazer valer, na prática, a legislação referente à epidemia de AIDS?

O tema desafia, evidentemente, uma série de respostas e perspectivas. Fatores sociais, econômicos, políticos e antropológicos poderiam ser alinhavados. Do ponto de vista desta reflexão, que é particularmente jurídico, destacarei dois elementos: (1) a configuração no ordenamento jurídico brasileiro da saúde como direito simultaneamente individual e transindividual estruturado mediante a previsão de políticas públicas universalistas na assistência à saúde, fundadas na idéia de solidariedade social e (2) o alargamento da compreensão do "sujeito de direito", possibilitada pelo reconhecimento das diferentes realidades sociais postas à evidência em virtude do impacto da epidemia da AIDS.

3.1. O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro: repercussões dos princípios fundamentais e de suas características diante do HIV/AIDS

Nesta seção, delinheio os traços fundamentais do direito à saúde na Constituição Federal de 1988. Esta caracterização é fundamental para se entender a potencialidade benéfica do direito à saúde no ordenamento brasileiro, um dos fatores decisivos que possibilita a efetivação de políticas públicas frente à epidemia de AIDS. Tais normas são diretrizes para a atividade legislativa e executiva, bem como guia indispensável quando estes direitos se discutem perante o Judiciário.

Caracterização do direito à saúde na CF/88

O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro tem (1) status de direito fundamental, de (2) titularidade individual e transindividual. Ele engloba proteção individual, de grupos e da comunidade como um todo. Ele abrange tanto (3) deveres de omissão quanto deveres positivos por parte do Estado e da comunidade como um todo(17). Explicito rapidamente estes atributos.

(1) Dizer que o direito à saúde é um direito fundamental significa dizer, em primeiro lugar, que ele não pode ser contrariado pelos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário), nem mesmo retirado da Constituição por via de emenda constitucional; também implica admitir que, no exercício destes poderes e dentro dos limites da realidade, o Estado brasileiro deve fazer todo o possível para promover a saúde. Isto é o que a doutrina jurídica costuma referir quando diz que se trata de uma "norma principiológica de direito fundamental". Direitos fundamentais têm natureza de princípios quando ordenam que os Poderes Públicos façam *todo o possível* para efetivá-los e observá-los. São, como resume Robert Alexy, *mandatos de otimização*(18). A consequência disto diante da epidemia é que a Constituição impõe, principalmente aos Poderes Legislativo e

Executivo, o maior cuidado possível em face da assistência à saúde. Significa que estes Poderes têm o dever de desenvolver e de executar políticas públicas de saúde o mais eficazes e abrangentes possíveis. Vale dizer: excluir ou ignorar o HIV, por ação deliberada ou omissão, seria infringir a Constituição.

(2) O direito à saúde é, ao mesmo tempo, direito individual e direito transindividual.

(2.1.) É direito individual, denominado pelos juristas como “direito subjetivo público”, isto é, direito de alguém exigir uma certa prestação (assistência à saúde) perante o Estado. Eis a dimensão individual, pela qual alguém pode pleitear judicialmente o acesso à medicação, como, aliás, tem decidido favoravelmente o Supremo Tribunal Federal(19).

(2.2.) Ele também pode ser concebido como direito transindividual, em suas duas subespécies: (2.2.a.) direitos coletivos e (2.2.b.) direitos difusos.

(2.2.a.) Há direito coletivo quando um certo grupo, com determinação relativa, decorrente da participação em uma relação jurídica-base, pode obter proteção para toda classe representada, não podendo haver satisfação ou prejuízo senão de forma que afete a todos membros desta determinada classe. Exemplo: pacientes soropositivos inscritos em programa de distribuição de remédios estão ligados, por uma relação jurídica-base, com o SUS; servidores públicos militares excluídos da caserna, em virtude da soropositividade(20). Se por acaso for negada a inclusão de um remédio necessário, exigível dentro do sistema de saúde, poderá haver defesa deste direito coletivo, através de ação civil pública, ação civil coletiva ou mandado de segurança coletivo, ajuizados por associação representativa do grupo ou pelo Ministério Público. A decisão, nestes casos, aproveita a todos os membros do grupo. Tudo sem prejuízo de que, individualmente, algum dos prejudicados defenda-se a si próprio, pelas ações individuais pertinentes.

(2.2.b.) Há direito difuso quando certo grupo, com indeterminação absoluta de seus titulares, cuja ligação decorre somente de mera circunstância de fato, pode obter proteção para todo o grupo. Exemplo: moradores de uma mesma região compartilham do direito difuso ao meio ambiente sadio, onde pode-se incluir, por hipótese, medidas preventivas diante de epidemias. Estes direitos podem ser defendidos pelos mesmos meios processuais disponíveis para os direitos coletivos, pelo Ministério Público ou por associações que tenham entre seus objetivos a questão discutida (saúde ou meio ambiente, por exemplo).

Sucintamente delineados os principais traços normativos do direito à saúde, é essencial salientar suas características como direito fundamental na Constituição Federal de 1988. Em primeiro lugar o direito à saúde é um direito fundamental social, visando à libertação da opressão social e da necessidade.(21)

Em segundo lugar, ele é um direito social(22) de natureza predominante prestacional. Ele prevê o fornecimento de bens e serviços, por parte do Estado, ao cidadão. A relevância deste aspecto é evidente quando se avalia a resposta jurídica à epidemia de AIDS. Basta lembrar as freqüentes disputas judiciais sobre o fornecimento de remédios e a edição pelo legislador da Lei nº 9.313/1996, dispondo sobre distribuição gratuita de medicamentos.

Digo predominantemente prestacional porque o direito à saúde também possui uma dimensão defensiva, vale dizer, ele impede a intromissão indevida de terceiros na esfera de liberdade do sujeito. Nesta dimensão, o direito à saúde implica o respeito de terceiros diante das condições físicas e psicológicas de cada um, afastando exigências descabidas ou encargos desmedidos.(23) Um exemplo desta eficácia defensiva é a inexigibilidade de exames compulsórios por parte de profissionais do sexo, situação que inclusive desencadeou ação civil pública por parte do Ministério Público Federal diante de lei do município de São Sebastião do Caí/RS(24), considerada contrária a princípios constitucionais pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Por fim, saliento que o direito à saúde rege-se pelo princípio do "acesso universal igualitário" (CF/88, art. 196). O que este princípio ordena? O princípio do acesso igualitário implica respeitar e observar as diferentes situações vividas pelos infectados quando do desenvolvimento das políticas públicas. Cumprir a obrigação de propiciar acesso universal igualitário significa, na medida do possível, considerar a diversidade cultural, social, econômica, geográfica, etc., presente nos indivíduos e grupos destinatários das políticas públicas de saúde, tornando o sistema de fornecimento de bens e serviços pertinentes à saúde capaz de atendê-los. Nesta linha, pode se falar num direito difuso a um sistema de saúde que conjugue medidas genéricas e medidas específicas (que consideram a especificidade de cada grupo) de combate à epidemia, como aponta, por exemplo, a idéia de redução de danos entre usuários de drogas(25). Outras situações também podem ilustrar esta realidade, como também demonstram campanhas dirigidas a profissionais do sexo e a homossexuais.

Esta caracterização e estes princípios fornecem aos operadores jurídicos enormes possibilidades de fundamentação constitucional das iniciativas de saúde diante da epidemia. Do ponto de vista jurídico, eles contribuem decisivamente para a implementação de políticas públicas mais efetivas e podem ser alinhados dentre os múltiplos fatores que explicam as respostas brasileiras diante do HIV.

Antes de encerrar esta seção, sublinho a potencialidade destes dispositivos constitucionais. Eles constituem fundamentos jurídicos valiosos para a manutenção das atuais políticas públicas de saúde mesmo após o término do financiamento externo, vindo do Banco Mundial, consubstanciado nos projetos AIDS I e AIDS II(26). Eles apontam para os deveres legislativos e executivos neste campo, na sua missão de concretização da Constituição Federal.

3.2. A epidemia e a compreensão do sujeito de direito

A reflexão proposta neste trabalho diz respeito à efetividade das respostas jurídicas frente à epidemia de AIDS. Busca-se compreender as razões pelas quais nossa experiência jurídica pode ser, simultaneamente, catalisadora e inibidora destas respostas.

Como visto, os princípios constitucionais relativos à saúde e a caracterização do direito à saúde como direito individual e transindividual fornecem bases sólidas para, do ponto de vista jurídico, alavancar políticas públicas eficazes no combate ao HIV. Por outro lado, há desafios à efetividade situados na prática jurídica, que vão desde as dificuldades econômicas de acesso à Justiça até o desaparecimento do Poder Judiciário, em termos de recursos humanos e técnicos, para dar conta desta tarefa.

Nesta seção, saliento outro aspecto fundamental para esta reflexão, através da análise da categoria “sujeito de direito”. Sem adentrar em disputas teóricas impertinentes ao objetivo deste trabalho, pode-se dizer que, no senso comum jurídico, sujeito de direito é o ser humano concreto, capaz de adquirir direitos subjetivos e contrair obrigações. É uma categoria que abrange tanto seres humanos quanto pessoas jurídicas(27) (o que, nem do ponto de vista formal, sempre foi assim, como ilustra o estatuto jurídico do escravo, concebido meramente como coisa, objeto do direito de propriedade).

Como todo conhecimento humano, esta categoria tem sua compreensão condicionada na história. Examiná-la nesta perspectiva é fundamental para discutir as respostas jurídicas frente à epidemia da AIDS. Com efeito, a compreensão – implícita ou explícita, consciente ou inconsciente, velada ou aberta – do sujeito de direito e de sua relação com a soropositividade possibilita entender, do ponto de vista das práticas jurídicas, a diversidade qualitativa das respostas

sociais frente ao HIV, tanto as positivas quanto, principalmente, as negativas. Além disso, é importante destacar outro aspecto, que apenas sugiro e que carece de aprofundamento: a experiência jurídica propiciada pela epidemia pode inclusive enriquecer a compreensão do sujeito de direito, alargando seus horizontes.

As concepções presentes na maioria da sociedade obviamente se refletem na interpretação do direito pelos operadores jurídicos (advogados, promotores, juízes, professores e estudantes de direito, delegados). Seus conteúdos acabam por atribuir significados peculiares às normas jurídicas e subverter até mesmo os postulados jurídico-políticos mais caros dos regimes democráticos.

Estas concepções hegemônicas, naquilo que agora interessa (relação sujeito de direito – soropositividade), assumem como idéias-chave a supremacia masculina, a centralidade da família monogâmica como célula-mãe da sociedade capitalista e a busca da eficiência econômica, implicando a valorização do auto-controle e da disciplina. Desenha-se um quadro geral onde são reprovados, como excessos, especialmente sexuais, a masturbação, a prostituição e a homossexualidade(28), esta última, principalmente, sendo associada a um caráter doentio e anormal.(29)

Neste universo machista heterossexual, o “ser humano” sujeito de direito é o homem heterossexual, numa operação mental que subverte a inspiração original contida no igualitarismo jurídico superador da sociedade estamental e na idéia do sujeito de direito abstrato e universal.(30) Para todas as manifestações dissonantes, o discurso dominante reservou o tratamento repressivo(31), jamais a dignidade de um sujeito de direito.(32) Trai-se, deste modo, a afirmação da igualdade perante a lei, fundamental na formulação pós-revolução francesa, caracterizadora do igualitarismo jurídico, movimento de simplificação racional do sistema jurídico (mediante a eliminação da pluralidade de status subjetivos e a universalização do conceito de sujeito de direito) que rompeu com a tradição do Antigo Regime, marcada pelos privilégios e pelo particularismo.(33)

Ora, se à soropositividade são associadas historicamente representações vinculadas a desvios de conduta sexuais e sociais, compreendem-se as raízes ideológicas que desafiam, na realidade jurídica, a efetividade dos direitos de soropositivos. Num fenômeno similar àquele que ocorre com a homofobia(34), a soropositividade acaba se tornando fator de estigmatização(35), constituindo uma específica forma de desigualdade e discriminação, numa dinâmica alimentada por uma série de metáforas: é a AIDS como morte(37), como horror, como punição, como crime, como guerra, como o Outro, como vergonha. Tudo conduzindo a um amplo processo de exclusão social e opressão.

Aos soropositivos, assim como aos homossexuais, é atribuído um papel subjugado, em posição similar àquela reservada às mulheres, que são concebidas mais como objetos do direito “masculino pequeno-burguês” do que como sujeitos de direito. Como demonstra Richard Collier(38), mulheres são tratadas juridicamente como mães, esposas, objetos sexuais, grávidas, mães solteiras, prostitutas; elas não são, efetivamente, “sujeito de direito” em plenitude, uma vez que o destinatário por excelência desta categoria é o homem.(39)

Os soropositivos, neste contexto, podem ser concebidos como doentes, ameaças-vivas, culpados, transgressores, agentes infectantes, sinais da decadência e da vergonha; em suma, um “outro”, que não compartilha da mesma dignidade do sujeito de direito. Eles são percebidos, de regra, como objeto da intervenção alheia, por intermédio do aparelho estatal ou através de reações sociais. Toda esta perspectiva, diga-se de passagem, configura expressa violação do conteúdo jurídico do princípio constitucional protetivo da dignidade da pessoa humana, que tem na proibição da consideração da pessoa humana como coisa, como mero receptáculo da intervenção externa, como simples objeto da atuação estatal e social, uma de suas vigas-mestras.(40)

Esta descrição possibilita compreender como a categoria sujeito de direito pode atuar restringindo(41) a adoção de políticas públicas de saúde diante do HIV, como também instaurando medidas punitivas e estigmatizantes dos soropositivos. Para ilustrar este tópico podem ser trazidas restrições à doação de sangue por homossexuais ou o indeferimento judicial de custeio público do exame de genotipagem, fundado até em condenações religiosas(42).

É preciso, portanto, descortinar a mentalidade que subjaz às intervenções e às formulações dos operadores jurídicos neste campo. Não se podem menosprezar, também, suas conseqüências nos discursos e nas práticas de ativistas e autoridades públicas que agem e reagem diante da epidemia de AIDS, sob pena de se enfraquecerem as políticas de saúde e reproduzirem-se estereótipos e discriminação.

Doutro modo, corre-se o risco de confundir vulnerabilidade com vitimização. A vitimização põe por terra princípios de igualdade e de solidariedade, radicados na dignidade a todos reconhecida e se nutre da memória da inferioridade e da teatralização da infelicidade.(43) A vulnerabilidade, diferentemente, assume a perspectiva da igualdade e da dignidade, contextualizando-as nos cenários de injustiça, discriminação, opressão, exploração e violência que aceleram a expansão do HIV.(44)

A superação da mentalidade acima descrita conduz a uma compreensão alargada do sujeito de direito, para a qual a intensidade

e a eficácia das respostas brasileiras ao HIV colaboram. Trata-se de vencer os estigmas e visualizar no sujeito de direito realidades e circunstâncias que vão além do protótipo do "homem branco heterossexual pequeno-burguês".

Realizar esta tarefa é missão que exigiria um complexo desenvolvimento e o enfrentamento de muitas questões, indo além dos limites deste trabalho(45). Apenas indico que os chamados "direitos de reconhecimento" podem conduzir-nos a esta meta, na medida em que, indo além das técnicas jurídicas tradicionais de defesa da privacidade(46) e da autonomia ou da redistribuição de renda, riqueza ou acesso a bens coletivos(47), implicam o respeito e a integração positiva do "diferente".(48) Esta dinâmica requer, como disse Richard Parker, respeitar e ultrapassar, ao mesmo tempo, as diferenças, superando a oposição entre as noções de *nós* e *eles*, expandindo o significado do *nós* a fim de tornar possível a incorporação do significado de *eles*(49); requer, em suma, solidariedade.(50)

4.Conclusão

A resposta brasileira diante do HIV, do ponto de vista jurídico, configura quadro singular. Ela possibilita e alavanca a implementação concreta de políticas de saúde de prevenção e assistência, conceituando, de forma ampla e eficaz, o direito à saúde e seus princípios constitucionais. Ao mesmo tempo, a prática jurídica ainda carrega inúmeros preconceitos e produz discriminação, numa relação tensa entre o avanço efetivo e o apego a estereótipos e visões de mundo excludentes.

Neste quadro, o aprofundamento e a adequada compreensão constitucional do direito à saúde e seus múltiplos significados e implicações são tarefas indispensáveis, tanto entre os operadores jurídicos quanto entre a sociedade civil. Assim procedendo, é possível instaurar um diálogo frutuoso entre a elaboração jurídica estatal, as políticas públicas e as iniciativas da sociedade civil, num círculo virtuoso. Esta dinâmica pode, inclusive, colaborar para a superação de uma cultura excludente e estigmatizante do diferente, aqui retratado pela condição soropositiva.

O reconhecimento, inclusive internacional, da eficiência e do mérito das políticas de saúde brasileiras diante da epidemia é um fator importante para o fortalecimento da normatividade constitucional, bem como para uma compreensão do sujeito de direito menos discriminatória. Estes dados, por si mesmos, carregam consequências e constituem aprendizado que, se bem dimensionados, podem apontar para o aperfeiçoamento não só das respostas jurídicas diante

do HIV, mas também da própria prática jurídica diante dos problemas contemporâneos.

Se as práticas jurídicas podem contribuir para uma resposta social mais efetiva frente à epidemia de AIDS, deve-se dizer que a epidemia também pode provocar a superação de mentalidades e de categorias jurídicas excludentes, rompendo mecanismos de desigualdade e de injustiça disseminados por todo o direito e toda sociedade.

Notas

1. Juiz Federal, Mestre e Doutorando em Direito na Faculdade de Direito/UFRGS (rogerrios@jfrs.gov.br).

2. Ver Richard Parker e Peter Aggleton, *Estigma, Discriminação e AIDS*, Rio de Janeiro: ABIA, 2001, p. 18-24.

3. Ver Richard Parker e Peter Aggleton (nota 2), p. 28-34, onde são enfatizadas as realidades de discriminação nos contextos familiar e comunitário, educacional, empregatício, migratório e nas políticas do sistema de saúde e no desenvolvimento de programas para HIV/AIDS.

4. Ver Fernando Marques e Denise Doneda, 'A Política Brasileira de Redução de Danos à Saúde pelo Uso Indevido de Drogas: Diretrizes e seus Desdobramentos nos Estados e Municípios' in *Troca de Seringas: ciência, debate e saúde pública*, org. Francisco Inácio Bastos, Fábio Mesquita e Luiz Fernando Marques; Coordenação Nacional de DST e Aids, Brasília: Ministério da Saúde, 1998, p. 137-152; ver, na mesma obra, o estudo de Alex Wodak, 'Redução de Danos e Programas de Trocas de Seringas', p. 66.

5. Ver Margareth Arilha, *Políticas Públicas de Saúde, Mulheres e DSTs/AIDS: reajustando o olhar*, Rio de Janeiro: ABIA, 2001.

6. Ver Ruben Araujo de Mattos, Veriano Terto Júnior e Richard Parker, *As Estratégias do Banco Mundial e a Resposta à Aids no Brasil*, Rio de Janeiro: ABIA, 2001.

7. Ver Roger Raupp Rios, "Prostitutas, Michês e Travestis: uma análise crítica do discurso jurídico sobre a prostituição e de suas consequências práticas" in *Na Batalha: sexualidade, identidade e poder no universo da prostituição*. Org. Ana Isabel Fábregas-Martínez e Marcos Benedetti. Porto Alegre: Dacasa: Palmarinca, 2000, p. 81-94.

8. Ver BRASIL, Ministério da Saúde – Coordenação Nacional de DST e Aids. *Legislação DST e AIDS no Brasil*; colaboração de Mirian Ventura

da Silva, 2^a ed., revista e ampliada, 2000, 3 v. Trata-se de uma extensa compilação de normas nacionais e internacionais relativas a direitos humanos (volume I), normas federais sobre organização administrativa federal (volume II – tomo I - especialmente no que diz respeito à gestão governamental da assistência à saúde, seus órgãos, procedimentos e programas, regulação das condutas terapêuticas, prevenção e distribuição de medicamentos, vigilância epidemiológica e sanitária e hospitalização), normas federais sobre políticas públicas relativas a medicamentos, preservativos, aleitamento, sangue, pesquisas, imigração, seguros e planos de saúde, medidas educativas, previdência e assistência sociais, trabalho público e privado, civil e militar, benefícios fiscais, direito penal e execução penal, além de normas éticas do Conselho Federal de Medicina (volume II – tomo II); a coletânea encerra-se com o volume III, agrupando normas estaduais, municipais e do Distrito Federal, cuidando de uma série de matérias.

9. Refiro-me, aqui, à ambigüidade entre os assim chamados law in book e law in action; ver José Eduardo Faria, 'O modelo liberal de direito e Estado' in *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, org. José Eduardo Faria, São Paulo: Ática, p. 32.

10. Ver Octavio Ianni, *As Metamorfoses do Escravo*, 2^a ed. São Paulo: Hucitec, 1988; Eunice Aparecida de Jesus Prudente, 'O Negro na Ordem Jurídica Brasileira' in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 83, jan-dez 1988, p. 135-149 e George R. Andrews, *Negros e brancos em São Paulo (1888-1988)*, Bauru: EDUSC, 1998.

11. Dentre as interpretações da realidade brasileira diante do problema da efetividade seletiva do direito em face das demandas sociais e econômicas, merece destaque a obra clássica de Raymundo Faoro, *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, vol. 2, 10^a ed., São Paulo: Globo: Publifolha, 2000, p. 370.

12. Ver Veriano Terto Júnior, "Homossexuais soropositivos e soropositivos homossexuais: questões da homossexualidade masculina em tempos de AIDS", in *Sexualidades Brasileiras*, Org. Richard Parker e Regina Maria Barbosa, Rio de Janeiro: Relume Dumará: ABIA: IMS/UERJ, 1996, p. 90.

13. Ver Maria Luiza Heilborn e Patrícia Fernanda Gouveia, 'Marido é tudo igual: mulheres populares e sexualidade no contexto da AIDS' in *Sexualidades pelo Averso: direitos, identidades e poder*, org. Regina Maria Barbosa e Richard Parker, Rio de Janeiro: IMS/UERJ; São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 192.

14. Ver Cath Sharrock, 'Pathologizing Sexual Bodies', in *Lesbian and*

- Gay Studies – a Critical Introduction, org. Andy Medhurst e Sally R. Munt, London: Cassell, 1997, p. 356-368.
15. Ver Carl F. Stychin, *Law's Desire: Sexuality and the Limits of Justice*, London: Routledge, 1995, p. 126 e Cath Sharrock, 'Pathologizing Sexual Bodies', in *Lesbian and Gay Studies – a Critical Introduction*, org. Andy Medhurst e Sally R. Munt, London: Cassell, 1997, p. 364.
16. Ver Jurandir Freire Costa, *Ordem Médica e Norma Familiar*, 4^a ed., Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 265; Lilia Moritz Schwarcz, *O Espetáculo das Raças – cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930*, São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 230 e a citada Cath Sharrock, p. 359.
17. Para um estudo abrangente e original sobre a saúde como um direito e um dever na Constituição Federal de 1988, ver Marga Inge Barth Tessler, "O Direito à Saúde: a saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988". In *Direito Federal – Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE*, Brasília: AJUFE, ano 20, n. 67, 2001, p. 190-218.
18. Ver Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.
19. Destaco o seguinte trecho da ementa, referente ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS (2^a Turma, Relator Ministro Celso de Mello, votação unânime, RTJ 175/1212): "O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar." (grifos no original).
20. Trata-se de decisão unânime da 4^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4^a Região (AC 2000.71.00.003339-3/RS, relator Desembargador Federal Edgard Lippmann, RTRF-4^a 41/196), cuidando de caso individual que apresenta, à evidência, a potencialidade de caracterizar direito coletivo.
21. Ver Jorge Miranda, *Os Direitos Fundamentais – sua dimensão individual e social*, in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 1, 1992, p. 201.

22. Ver Constituição Federal de 1988, art. 6º.

23. Ver Ingo W. Sarlet, "A Saúde na Constituição Federal de 1988", in Aids, Direito e Justiça, org. Liandro Lindner e Maria Cristina Pimentel, Porto Alegre:GAPA/RS, 2000, p. 17.

24. Ver Paulo Gilberto Cogo Leivas, "Os Direitos Humanos dos Profissionais do Sexo: A proibição de realização de exames compulsórios de DST/AIDS" in Aids, Direito e Justiça, org. Liandro Lindner e Maria Cristina Pimentel, Porto Alegre:GAPA/RS, 2000, p. 73-78.

25. Ver o citado Troca de Seringas: ciência, debate e saúde pública, org. Francisco Inácio Bastos, Fábio Mesquita e Luiz Fernando Marques; Coordenação Nacional de DST e Aids, Brasília: Ministério da Saúde, 1998, especialmente sua Parte II.

26. Ver Ruben Araujo de Mattos, Veriano Terto Júnior e Richard Parker, Estratégias do Banco Mundial e a Resposta à AIDS no Brasil, Rio de Janeiro: ABIA, 2001.

27. Ver Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação, São Paulo: Atlas, 1988, p. 148.

28. Ver David Greenberg, The Construction of Homosexuality, Chicago: Chicago Press University, 1988, p. 347-368, bem como Max Weber (A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo, 5ª edição, São Paulo: Pioneira, 1987, p. 110-132) e Michel Foucault (História da Sexualidade I: a vontade de saber. 7ª edição, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988, p. 9-11).

29. Ver Gail Hawkes, A sociology of sex and sexuality, Philadelphia: Open University Press, 1996, p. 125; Ver Daniel Borrillo, L'homophobie, Paris: Presses Universitaires de Frances, 2000, p. 3, 84-87.

30. Ver Danièle Lochak, "Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit", in Homosexualités et droit, Paris: PUF, 1998, p. 41-43.

31. Ver Jane USSHER, "Framing the sexual 'Other': the regulation of lesbian and gay sexuality" in Body Talk - the material and discursive regulation of sexuality, madness and reproduction, p. 131-158, org. Jane M. Ussher, New York: Routledge, 1997.

32. Assim como o movimento feminista engendrou uma "teoria feminista do direito", registra-se o surgimento de estudos de teoria jurídica a partir de uma perspectiva gay e lésbica. Ver, por exemplo,

- Nicholas Bamforth, *Sexuality, Morals & Justice – a theory of lesbian & gay rights law*, Londres: Cassel, 1997.
33. Ver Giovanni Tarello, *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 50.
34. Ver Daniel Borrillo, *L'homophobie*, Paris: Presses Universitaires de France, 2000, p. 84-87.
35. Ver Erving Goffman, *Estigma – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, 4ª ed., trad. Márcia Bandeira Nunes, Rio de Janeiro: LTC, 1988.
36. Neste sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a relação sexual forçada entre ex-amantes, conduzida por portador do HIV ciente de sua condição soropositiva, revela “evidente o dolo de matar”, sujeitando o réu à imputação de tentativa de homicídio (Habeas Corpus nº 9.378-RS, julgado em 18/10/1999).
37. Ver Richard Parker e Peter Aggleton, *Estigma, Discriminação e AIDS*, Rio de Janeiro: ABIA, 2001, especialmente p. 17-25.
38. Ver Richard Collier, *Masculinity, Law and Family*, Londres: Routledge, 1995, p. 236.
39. Como reação a esta abordagem machista do direito, o movimento feminista mobilizou no meio jurídico a produção de um discurso feminista, elaborado como uma “teoria feminista do direito”. Ver Vicki Schultz, *Telling Stories about women and work: judicial interpretations of sex segregation in the workplace in Title VII cases raising the lack of interest argument*, Harvard Law Review. Vol. 103, 1990, p. 1750-1843; Mary Joe Frug, *A Postmodern Feminist Legal Manifesto (an unfinished draft)*, Harvard Law Review, vol. 105, 1992, p. 1095; Katharine T. Barlett, *Feminist Legal Methods*, Harvard Law Review, vol. 103, 1990, nº 4, fevereiro, p. 829-888 e Tove Stang Dahl, *O Direito das Mulheres - Uma introdução à teoria do direito feminista*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
40. Ver Ernest Benda, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, ‘in’ *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996, p. 121; Ingo W. Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 60; Roger Raupp Rios, *A Homossexualidade no Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: ESMAFE, 2001, capítulo 3.
41. Ver, no mesmo sentido desta dinâmica restritiva de direitos em

detrimento da generalidade da categoria de "direitos humanos, no âmbito da infância e da adolescência, Cláudia Fonseca e Andrea Cardarelo, 'Direitos dos mais e menos humanos' in Horizontes Antropológicos- Diversidade Cultural e Cidadania/UFRGS.IFCH. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social – ano 1, n. 1 (1995). Porto Alegre: PPGAS, 1999, p. 116.

42. Refiro, por exemplo, a decisão proferida pela Justiça Estadual paulista, que, ao indeferir pedido de realização do aludido exame e do fornecimento de medicamentos, após argumentar pela impossibilidade de fornecimento de prestações não indicadas pela autoridade federal, arrematou: "Por outro lado, não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Todos somos mortais. Mais dia menos dia, não sabemos quando, estaremos partindo, alguns, por seu mérito, para ver a face de Deus. Isto não pode ser tido como dano." (Proc. 968/01, 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital, grifei).

43. Ver Pierre Rosanvallon, A Nova Questão Social: repensando o Estado Providência, trad. Sérgio Barth, Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998, p. 64.

44. Ver Richard Parker, Na contramão da AIDS – sexualidade, intervenção, política, Rio de Janeiro: ABIA: Editora 34, 2000, p. 103; Débora Diniz, 'A vulnerabilidade na bioética' in Bioética: Ensaio, org. Sérgio Ibiapina F. Costa e Débora Diniz, Brasília: S.I.F. Costa, D. Diniz, 2001, p. 27.

45. Ver Claudio De Giacomo, Identità e Soggetti nella Teoria dei Diritti, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

46. Ver, sobre as questões jurídicas pertinentes ao direito à privacidade e a epidemia de AIDS, inclusive considerando a associação entre homossexualidade e soropositividade, Laurence Tribe, American Constitutional Law, Mineola: The Foundation Press, 1988, p. 1394-1395.

47. Ver José Reinaldo de Lima Lopes, 'Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito' in Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, org. José Eduardo Faria, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 124-129.

48. Ver Charles Taylor, 'The Politics of Recognition' in Multiculturalism: examining the politics of recognition, org. Amy Gutmann, Princeton: Princeton University Press, 1994, p. 38-39; José Reinaldo de Lima Lopes, "Direitos Humanos e Tratamento Igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade" in Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 15, n. 42, São Paulo, fev.

2000, bem como o prefácio deste mesmo autor ao citado A Homossexualidade no Direito, p. 11-15.

49. Ver Daniela Riva Knauth, Ceres Gomes VÍctora e Ondina Fachel Leal, 'A banalização da AIDS' in Horizontes Antropológicos – Corpo, Doença e Saúde/UFRGS.IFCH. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, ano 1, n. 1 (1995). Porto Alegre: PPGAS, 1998, onde as autoras, examinando a dinâmica da epidemia em três bairros porto-alegrenses (Vila Dique, Valão e Partenon) demonstram a relatividade da distinção eu/outro em situações de familiaridade e conforme as diferenças internas de cada grupo e localidade.

50. Ver Na contramão da AIDS – sexualidade, intervenção, política, Rio de Janeiro: ABIA: Editora 34, 2000, p. 109.